

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La nuova flessibilità in uscita: profili costituzionali e spunti su alcune questioni interpretative

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1656662> since 2018-01-24T00:05:32Z

Publisher:

Il Mulino

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

tato dall'intervento promozionale realizzato dalla legge n. 92/2012 e con l'ambizioso obiettivo di costruire sull'apprendistato (in tutte le sue forme) le politiche di inserimento al lavoro dei giovani e così cercare di fronteggiare il drammatico fenomeno della disoccupazione giovanile che affligge in misura sempre più preoccupante il nostro paese⁴¹.

Resta quindi ad oggi aperto – in attesa dell'assestamento dell'articolato quadro normativo risultante dall'intrecciarsi delle varie fonti coinvolte (la legislazione nazionale, quelle regionali, gli accordi interconfederali e quelli di categoria) e delle prassi applicative – l'interrogativo sulle traduzioni operative della nuova disciplina in materia di apprendistato permetteranno al nostro paese di avvicinarsi a quei modelli virtuosi di apprendistato grazie ai quali alcuni Stati europei riescono meglio di altri a contrastare i fenomeni di segregazione dei giovani rispetto all'occupazione.

GIOVANNA PACCHIANA

LA NUOVA FLESSIBILITÀ IN USCITA: PROFILI COSTITUZIONALI E SPUNTI SU ALCUNE QUESTIONI INTERPRETATIVE

1. Premessa

L'intervento sulla flessibilità in uscita costituisce sicuramente uno dei punti più controversi della riforma realizzata dalla legge n. 92/2012: all'intenso dibattito politico e sindacale che ha fatto da sfondo alla sua emanazione segue ora un acceso contrasto interpretativo che la norma, frutto di un compromesso politico e sindacale¹ non del tutto felice, si presta ad alimentare².

Le difficoltà interpretative sorgono già a monte degli aspetti specifici di regolazione delle conseguenze sanzio-

¹ Così R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in corso di pubblicazione in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2012.

² Sul tema si vedano tra i tanti F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 540; B. Caruso, *Per un ragionevole, ed apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in Wp Csdle «Massimo D'Antona», IT, 140, 2012; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina del licenziamento: prime riflessioni*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, p. 547; R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, in «Arca voce», 2012; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al Convegno nazionale del Centro Studi Domenico napoletano, maggio 2012; R. Magrini, *Quel passato brutto (dell'art. 18)*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, p. 553; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, p. 3; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, p. 549; M. Tiraboschi e M. Magnani, *La nuova riforma del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2012; P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità in entrata e flessibilità in uscita nella legge di riforma del mercato del lavoro*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, p. 813; A. Vallebbona, *La riforma del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴¹ Secondo recenti rilevazioni Istat (*Occupati e disoccupati*, 31 agosto 2012, in «www.istat.it»), il tasso di disoccupazione dei giovani di età compresa tra i 15 e i 24 anni è salito dal 27,4% del secondo trimestre 2011 al 33,9% del secondo trimestre 2012, con un picco del 48% per le giovani donne del Mezzogiorno. Si veda anche le osservazioni di P.A. Varesi, *Apprendistato e «contratto unico» per i giovani*, in «Bollettino speciale Adapt», 2, 23 gennaio 2012, che sottolinea, a conferma degli effetti positivi sull'occupazione giovanile del sistema formativo duale, che «l'unico territorio in Italia che applica (seppur parzialmente) un modello simile a tale sistema duale (cioè la Provincia autonoma di Bolzano), ha tassi di disoccupazione giovanile molto bassi, inferiori di alcuni punti percentuali anche a quelli della vicina Provincia autonoma di Trento, che pur ha un mercato del lavoro altrettanto ben strutturato ma non utilizza il modello duale».

natorie del licenziamento: è, infatti, difficile cogliere financo il significato e la portata della riforma essendo dottrina e giurisprudenza divise tra chi³ ritiene che si debba operare in sostanziale continuità con il passato, lasciando quindi la reintegra nel posto di lavoro quale forma di tutela generale per il licenziamento illegittimo e chi⁴, invece, ritiene che il «dogma» della reintegrazione sia ormai significativamente intracciato dal momento che per alcune tipologie di licenziamento illegittimo, pur collocate nell'area della preesistente stabilità reale, il rimedio è ormai meramente risarcitorio.

La prima tendenza, quella nel senso della continuità con la disciplina sanzionatoria precedente, già fatta propria dalla prima giurisprudenza pronunciata sul nuovo art. 18 st. lav.⁵, appare quasi naturale se si pensa che il nuovo art. 18 si insedia su oltre 40 anni di reintegra «secca», rimedio da alcuni considerato un vero e proprio emblema di civiltà giuridica.

È quindi presumibile che, soprattutto all'inizio, l'applicazione della norma scontrerà il rischio che la giurisprudenza decida sulla spinta di un «trend inerziale»⁶ che la porterà ad adottare soluzioni in linea di sostanziale continuità con il passato.

³ M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 st. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in corso di pubblicazione in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2012 nonché Id., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVIII Convegno Aicass, 7-9 giugno 2012; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», n. 3, 2012, p. 549.

⁴ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, p. 415, nonché R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare ed il nuovo art. 18*, cit.

⁵ In questo senso, infatti, si è espresso il Tribunale di Bologna con due ordinanze rispettivamente del 15 ottobre e del 19 novembre 2012, entrambe in corso di pubblicazione su «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2012, di cui si dirà più avanti.

⁶ F. Carinci, *Il legislatore ed il giudice*, cit.

In tal senso si è espresso il presidente della Suprema Corte, sezione Lavoro, il quale⁷, premesso che l'interpretazione dell'art. 18 non può essere meramente letterale ma deve tenere conto delle altre norme presenti nel nostro ordinamento non toccate dalla riforma e segnatamente della legge n. 604/66, ha concluso per un'applicazione pressoché generalizzata della reintegra depotenziata.

Ancora nel senso della sostanziale continuità con il passato si è espressa alcuna dottrina la quale ritiene che esistano dei vincoli di sistema che impongono di interpretare la norma novellata in senso restrittivo⁸.

In realtà, da una disamina dei principi del nostro ordinamento quali interpretati dalla giurisprudenza costituzionale, così come da un breve esame della normativa europea, non si ritiene che esistano nell'ordinamento interno, così come in quello europeo, principi che impongano di considerare la reintegrazione quale sanzione privilegiata del licenziamento illegittimo.

In tal senso si è espressa in più occasioni la Corte costituzionale la quale, già a partire dal 1957, con la sentenza n. 3, ha chiarito che dall'art. 4 Cost. non discende un diritto all'occupazione e di conseguenza alla conservazione del posto di lavoro.

Ha, infatti, specificato la Corte che se l'art. 4 Cost. da una parte vieta al legislatore di emanare norme che ostacolino o discriminino l'accesso al lavoro e dall'altra obbliga lo Stato a porre in essere attività pubbliche dirette alla creazione di condizioni per consentire di lavorare, esso, invece, non va interpretato nel senso di garantire al cittadino il diritto ad un'occupazione né, di conseguenza, alla conservazione del posto di lavoro⁹. Tant'è che in passato la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima

⁷ Così M. De Luca ne *Il parere dell'esperto su «Cassazione.net»*.

⁸ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.; M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa*, cit.

⁹ Oltre alla già citata sentenza della Corte cost. n. 3/57, si vedano le decisioni nn. 45/65, 81/69 e 194/70.

una disciplina sanzionatoria anche meramente risarcitoria quale quella apprestata dall'art. 8 della legge n. 604/66¹⁰.

A riprova di quanto precede non si può non ricordare che la Corte ha ritenuto ammissibili due *referendum* sull'art. 18 st. lav., il primo nel 2000 con cui si chiedeva l'abrogazione dell'art. 18 st. lav. ed il secondo, di senso del tutto opposto, nel 2003 con il quale si chiedeva, invece, l'abrogazione del requisito dimensionale per l'accesso alla tutela «forte» e quindi di fatto l'applicazione della tutela reintegratoria a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo.

In entrambe le occasioni, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 18 st. lav. (vecchia formulazione) non era una norma a contenuto costituzionalmente vincolato la cui abrogazione si traducesse in lesione dei principi costituzionali¹¹.

Sempre la Consulta ha altresì precisato che dall'art. 4 Cost. discende, invece, l'esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro¹², ritenendo, però, nella discrezionalità del legislatore la scelta delle modalità con cui realizzare la costituzionalmente necessaria disciplina limitativa della libertà di recesso del datore di lavoro sia in termini sanzionatori sia in termini di individuazione delle causali giustificatrici del recesso¹³.

Ciò che, invece, la Corte ha segnalato è la necessità di un'attenzione particolare che deve essere riservata a quei licenziamenti che toccano e che violano la libertà sindacale, politica e religiosa¹⁴.

¹⁰ Corte cost. n. 194/70.

¹¹ Corte cost. n. 46/2000 e Corte cost. n. 41/2003.

¹² Si legge nella decisione 45/65 che il legislatore deve circondare di «doverose garanzie» i casi in cui si renda necessario licenziare.

¹³ La Corte, infatti, ha ritenuto legittima anche la normativa sui maritimi che condiziona il recesso al rispetto dei diritti del personale arruolato (sentenza n. 129/76) così come ha ritenuto legittimo l'art. 2096 che ammette il recesso per mancato superamento della prova, senza giusta causa o giustificato motivo, ribadendo che l'art. 4 Cost. non impone al legislatore un'applicazione indiscriminata del principio di giusta causa o giustificato motivo (sentenza n. 189/80).

¹⁴ Sentenza n. 45/65.

Alla luce della giurisprudenza sinteticamente richiamata e del conseguente significato attribuito alla previsione di cui all'art. 4 Cost.¹⁵, si può affermare che l'intervento sull'art. 18 st. lav. risulta in linea con i principi ricavabili dalla nostra Costituzione: la norma riformata continua, infatti, a pretendere che il recesso sia giustificato¹⁶ e, come si vedrà, modula il regime sanzionatorio in ragione della ragione adottata e/o effettiva del licenziamento, dando una garanzia particolare contro i licenziamenti discriminatori e quindi che violano la libertà sindacale, politica e religiosa.

Nemmeno, si ritiene, esistono a livello comunitario vincoli di sistema che impongano la tutela reintegratoria: la Carta di Nizza e la Carta sociale europea ribadiscono invero l'esigenza di una ragione giustificatrice del recesso ma lasciano agli Stati membri libertà quanto alle forme di realizzazione di essa ed alle conseguenze della sua violazione¹⁷.

Se da una parte non ci sono indicazioni costituzionali o comunitarie che impongano una certa lettura del novellato art. 18 st. lav., dall'altra non si devono, invece, lasciare cadere alcuni segnali interpretativi che si rinvencono sia nella parte declaratoria contenuta nell'art. 1, comma 1 della legge sia nelle dichiarazioni del Governo e dei relatori del disegno di legge, segnali che depongono in

¹⁵ Su cui cfr. M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in «Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale», supplemento 3/99, 1999, p. 15; F. Liso, *Il diritto al lavoro*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 2009, p. 139 e L. Nogler, *La disciplina del licenziamento individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in «Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali», 2007, p. 640.

¹⁶ È noto che l'intervento non ha toccato le causali del recesso che restano, almeno formalmente, quelle già delineate dal Codice civile, art. 2119, e dalla legge 604, art. 1 e 3.

¹⁷ L. Calcester, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in Wp Csdle «Massimo D'Antona», IT, 58, 2008.

favore della portata significativamente riformatrice della nuova legge.

Innanzitutto che la tutela reintegratoria non sia più la tutela esclusiva da licenziamento illegittimo si coglie già dalla rubrica del novellato art. 18 st. lav., una volta chiamato appunto «reintegrazione nel posto di lavoro» ed oggi «tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo».

Ma soprattutto a favore di una lettura della riforma in senso marcatamente innovatore sotto il profilo delle conseguenze del licenziamento spinge la lettera dell'art. 1, comma 1, lett. c) ove il legislatore non solo chiarisce che obiettivo della stessa è redistribuire «in modo più equo le tutele dell'impiego» ma indica anche gli strumenti con cui intende realizzare tale obiettivo, da una parte limitando le possibilità di ricorso a forme flessibili in entrata, e dall'altra «adeguando alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento»¹⁸ con l'introduzione altresì di un nuovo strumento processuale che nel disegno riformatore dovrebbe essere caratterizzato dalla massima rapidità.

È però evidente che in un'ottica di redistribuzione delle tutele in cui l'intervento sulla flessibilità in entrata è di tipo chiaramente restrittivo, quello sulla flessibilità in uscita non può che allentare, in via compensativa¹⁹, i vincoli sanzionatori al licenziamento.

L'intenzione del legislatore di operare in (almeno parziale) rottura rispetto al passato emerge altresì sia dalla

¹⁸ Sugli obiettivi della legge cfr. P. Tosi, *L'improbabile equilibrio tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita nella legge 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, cit. Critica sulla effettività dello scambio tra flessibilità in entrata ed in uscita a seguito dell'annacquamento del disegno originario M. Magnani, *La riforma del mercato del lavoro*, in www.csdllex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx, nonché F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein*, cit.

¹⁹ Cfr. sul bilanciamento tra le due flessibilità A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. p. 19, nonché ancora P. Tosi, *L'improbabile equilibrio*, cit.

relazione fatta dal Consiglio dei ministri il 23 marzo 2012, giorno di approvazione del disegno di legge²⁰ sia dalle successive relazioni al disegno di legge Fornero fatte dai senatori Castro e Treu, relatori di maggioranza, e dalla (seppure critica) senatrice Carlino, relatrice di minoranza, ove è chiara la consapevolezza che la modifica delle norme in tema di tutela da licenziamento illegittimo conduce ad un ricorso meramente residuale alla tutela reintegratoria «mentre nella stragrande maggioranza dei casi il giudice è tenuto ad applicare solo l'indennizzo»²¹.

Alla luce delle considerazioni che precedono si può concludere affermando che l'operazione ermeneutica sul nuovo art. 18 st. lav. può partire da basi libere da vincoli con il passato e quindi muoversi su un terreno che, pur scontando la legislazione e la giurisprudenza formatesi nei passati quarant'anni di vigenza dell'art. 18 st. lav., non deve continuare a ritenere la reintegra il perno della garanzia da licenziamento illegittimo.

2. Le quattro tutele di cui al novellato art. 18 st. lav.

Come è stato più volte rilevato la riforma del luglio 2012 ha «spacchettato» la tutela contro il licenziamento illegittimo in quattro distinte ipotesi che si differenziano sulla base delle ragioni che stanno alla base del recesso.

Seguendo una ripartizione ormai acquisita e comunemente utilizzata²², ai sensi dell'art. 18 st. lav. il Giudice può disporre la reintegra c.d. piena, la reintegra c.d. de-

²⁰ La comunicazione del Consiglio dei ministri così recita «si prevede inoltre che il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro debba essere disposto dal giudice solo nel caso di licenziamento discriminatorio o in taluni casi di infondatezza del licenziamento disciplinare».

²¹ Così, critica, la relatrice di minoranza senatrice Carlino.

²² A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, p. 415.

potenziata, la tutela risarcitoria forte e la tutela risarcitoria debole.

2.1. *La reintegra piena: significato*

Come noto, la reintegra piena è riservata alle sole ipotesi di licenziamento nullo (per gravidanza, per matrimonio, per ragione discriminatoria, per motivo illecito e negli altri casi indicati dal legislatore) o di licenziamento (individuale o collettivo) inefficace per mancanza di forma scritta.

Il rinvio generico operato dall'art. 18, comma 1, dello Statuto ad ogni ipotesi di motivo illecito pare risolvere un dubbio interpretativo legato alla tassatività delle ragioni di discriminazione: in passato si discuteva, infatti, se le ipotesi di discriminazione dovessero essere solo quelle prefigurate dal legislatore o se potessero essere estese oltre le previsioni normative²³.

Nella nuova dizione dell'art. 18 st. lav. il legislatore inserisce, accanto alle ipotesi di discriminazione, una previsione generale – quella del motivo illecito determinante – che, aprendo ad ipotesi non indicate in maniera specifica, porta chiaramente a concludere per la seconda delle tesi prospettate, in linea con l'auspicata *vis* espansiva delle ipotesi discriminatorie da tempo fatta propria dalla Corte costituzionale²⁴.

Alla linearità letterale del disposto di cui all'art. 18 st. lav., comma 1, non corrisponde, però, un contenuto altrettanto facilmente intellegibile.

²³ In tal senso pareva orientata anche Corte cass. 18 marzo 2011, n. 6282 che estende il motivo discriminatorio ad ogni fattispecie di licenziamento che «pur non rientrando tra le ipotesi espressamente indicate dagli artt. 6 legge n. 604/66 o 15 st. lav. però dipendendo da motivo illecito, di rappresaglia o costituiscono ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente, quindi, di natura vendicativa».

²⁴ Corte cost. n. 17/87 e ordinanza n. 338/98.

Tale incertezza interpretativa deriva da quanto detto in apertura: chi, infatti, propende per un'interpretazione dell'art. 18 riformato in linea di sostanziale continuità con il passato²⁵ tende a far coincidere la nozione di licenziamento discriminatorio con quella di licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

In particolare, secondo una dottrina²⁶, poiché con il licenziamento il datore di lavoro deve perseguire il fine, di rilievo costituzionale, di disporre della propria organizzazione, sia come assetto organizzativo (giustificato motivo oggettivo) che come funzionalità (giusta causa/giustificato motivo soggettivo), la mancata sussistenza di tale interesse perseguito comporta la natura discriminatoria o illecita del recesso.

In realtà, l'interpretazione proposta non pare convincente per una serie di ragioni.

Innanzitutto essa unifica in un'unica sanzione, e prima ancora in un'unica forma di invalidità, ipotesi che, invece, il legislatore del 2012 ha tenuto ben distinte: la nullità (cui segue la reintegra piena) e la illegittimità (cui segue la reintegra depotenziata o la tutela risarcitoria forte).

Non solo, ma la tesi proposta, identificando la mancanza di giustificazione con la discriminatorietà, interviene di fatto sull'onere probatorio (che pacificamente il legislatore non ha toccato) per cui la mancata prova da parte del datore di lavoro della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo finisce per equivalere all'avvenuta prova del motivo discriminatorio o illecito, il cui onere, invece, incombe sul lavoratore.

Infine, facendo coincidere la mancanza di giustificazione del licenziamento con la sua natura discriminatoria,

²⁵ M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, cit. e Id., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., nonché Tribunale di Bologna 19 novembre 2012, cit.

²⁶ M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, cit., e Id., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit.

la tesi riconduce ogni ipotesi di licenziamento illegittimo ad un licenziamento nullo soggetto a tutela reintegratoria piena, così di fatto ponendo nel nulla la stessa tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604/66, non toccata, invece, dalla riforma²⁷.

Quanto al contenuto della c.d. reintegra piena, come noto essa consiste innanzitutto nel «*restituere in integro* la relazione del lavoratore col "posto di lavoro", in ogni suo profilo, anche non retributivo, poiché il lavoro non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, tutelata dagli artt. 1, 2 e 4 Cost.»²⁸.

Al proposito occorre ancora rilevare che la riforma del 2012 non è intervenuta sul vero punto debole di questa previsione e cioè la sua impossibilità di esecuzione in forma specifica, ribadita anche dall'art. 614 *bis* c.p.c.

È dunque vero che il legislatore ricostruisce *ex lege* il rapporto di lavoro ma, in assenza di cooperazione all'adempimento da parte del datore di lavoro, che solo può materialmente far rientrare il lavoratore in azienda, esso di fatto può continuare a rimanere solo formalmente ricostruito.

Come già in passato alla reintegra si aggiunge il risarcimento dei danni, pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, con un minimo di cinque mensilità, minimo che in passato la Consulta aveva ritenuto legittimo esercizio della discrezionalità politica del legislatore tenuto conto della durata minima del processo nonché di un razionale riequilibrio del potere di recesso del datore di lavoro di fronte al quale il lavoratore ha una posizione del tutto passiva²⁹.

²⁷ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

²⁸ Cass. civ., sezione Lavoro 18 giugno 2012, n. 9965.

²⁹ Corte cost. 178/75 e Corte cost. 420/98.

Il legislatore del 2012 ha, però, cura di precisare innanzitutto che il parametro di riferimento per il calcolo del risarcimento danni è l'ultima retribuzione maturata al momento del licenziamento. A ciò si aggiunge che viene legittimato il principio dell'*aliunde percipiendum* prevedendo espressamente l'art. 18, comma 2, che deve essere dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

Resta, invece, irrisolto il problema, già peraltro noto in giurisprudenza, della prova dell'*aliunde percipiendum* e quindi dell'onere di allegazione e dimostrazione in capo al datore di lavoro.

La giurisprudenza formatasi sul vecchio art. 18 aveva infatti ritenuto indispensabile la prova da parte del datore di lavoro, prova che doveva essere rigorosa, risultando la mera richiesta di informazione fatta dal datore di lavoro al giudice presso l'Inps o i Centri per l'impiego, laddove non circostanziata, meramente esplorativa e come tale inammissibile³⁰.

A differenza della reintegra depotenziata, il legislatore per il caso di reintegra piena non prevede, invece, la deducibilità dell'*aliunde percipiendum*, chiaro segnale del disvalore che l'ordinamento assegna al licenziamento nullo³¹.

Il datore di lavoro è condannato, infine, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

³⁰ Cass. civ., sezione VI 26 ottobre 2010, n. 21919 (ord.), «Ai fini della sottrazione dell'*aliunde percipiendum* dalle retribuzioni dovute al lavoratore, è necessario che risulti la prova, il cui onere grava sul datore di lavoro, non solo del fatto che il lavoratore licenziato abbia assunto nel frattempo una nuova occupazione, ma anche di quanto percepito, essendo questo il fatto che riduce l'entità del danno presunto». Cfr. anche Cass. civ., sezione Lavoro 25 luglio 2008, n. 20500 nonché Cass. civ., sezione Lavoro 20 giugno 2006, n. 14131.

³¹ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

2.2. La reintegra depotenziata

L'art. 18, comma 4, st. lav. introduce una nuova forma di reintegra c.d. depotenziata così definita in quanto se da una parte con essa si ripristina, almeno in via teorica, la relazione tra il lavoratore ed il posto di lavoro, dall'altra si ammette una soluzione di continuità tra il rapporto illegittimamente interrotto e quello ricostruito a seguito di decisione giudiziale.

Il legislatore, infatti, ha introdotto un limite al risarcimento del danno dovuto in conseguenza del licenziamento che non può superare le dodici mensilità a prescindere dalla durata dell'interruzione di fatto del rapporto.

Secondo alcuna dottrina³², che si ritiene condivisibile, tale limite vale solo a copertura del periodo dal licenziamento alla decisione di reintegra e non per quello successivo ad essa, in relazione al quale al lavoratore è dovuta una retribuzione in forza del rapporto ricostruito e non un risarcimento del danno.

Dal danno risarcibile il legislatore ammette che sia dedotto non solo l'*aliunde perceptum* ma anche l'*aliunde percipiendum*, cioè quanto il lavoratore «avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di un'altra occupazione».

La previsione, oggi codificata, non era in realtà sconosciuta al nostro ordinamento atteso che in passato alcuna giurisprudenza, facendo ricorso all'art. 1227 c.c., aveva già dedotto dal risarcimento del danno dovuto ex art. 18 st. lav. l'*aliunde percipiendum*³³.

³² *Ibidem*.

³³ Ancora recentemente il Tribunale di Milano, con un'ordinanza del 13 settembre 2012 ha tenuto conto dell'*aliunde percipiendum* ex art. 1227 c.c. configurando una colpa del lavoratore nell'avvenuta proporzione del ricorso dopo circa tre anni dal licenziamento. La situazione non è però destinata a ripetersi atteso il termine di inefficacia dell'impugnazione del licenziamento ridotto dalla riforma da 270 a 180 giorni. Sempre in tema di *aliunde percipiendum* cfr. anche

Infine, il lavoratore ha diritto, come per l'ipotesi di reintegra piena, alla integrale copertura contributiva.

La scelta di non porre un limite alla contribuzione dovuta, a differenza di quanto avviene per il risarcimento del danno conseguente alla perdita delle retribuzioni, è in linea con la giurisprudenza della Consulta la quale aveva ritenuto l'art. 18 st. lav. vecchia formulazione conforme all'art. 38 Cost. proprio in quanto garantiva l'integrale copertura contributiva³⁴.

2.3. La tutela indennitaria

La maggiore novità introdotta dal riformato art. 18 st. lav. concerne, come ovvio, la possibilità che ad una pronuncia di illegittimità o inefficacia del licenziamento segua una tutela meramente indennitaria in una misura che può variare a seconda delle circostanze da 12 a 24 mensilità – nei casi, su cui si tornerà, di ingiustificatezza del recesso – ovvero da 6 a 12 mesi per il caso in cui il licenziamento sia affetto da vizi formali.

Soffermandosi qui su questa seconda ipotesi, l'art. 18, comma 6, prevede l'inefficacia³⁵ del licenziamento per violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'art. 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art.

Cass. civ., sezione Lavoro 11 maggio 2005, n. 9898 ove si legge che «In tema di risarcimento del danno cui è tenuto il datore di lavoro in conseguenza del licenziamento illegittimo e con riferimento alla limitazione dello stesso ex art. 1227, comma 2 c.c., l'onere della ordinaria diligenza nella ricerca di una nuova occupazione deve ritenersi assolto dal lavoratore con l'iscrizione nelle liste di collocamento, mentre spetta al debitore provare ulteriori elementi significativi della mancanza dell'ordinaria diligenza».

³⁴ Corte cost. n. 7/1986.

³⁵ Ma è evidente l'uso improprio del termine inefficacia per un recesso che, sebbene viziato, produce comunque l'effetto di risolvere il rapporto.

7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.

Appare innanzitutto opportuno precisare che il vizio formale di cui al comma 6 non impedisce un esame del Giudice anche sull'aspetto sostanziale, come emerge chiaramente dal dato letterale della norma a mente della quale «su domanda del lavoratore il giudice» può accertare «che vi è un difetto di giustificazione».

Discussa è, invece, la portata di tale previsione.

Secondo alcuna dottrina³⁶, infatti, la previsione di cui al comma 6 pone dei problemi di legittimità costituzionale in quanto di fatto, relegando la mancanza di motivazione ad un vizio punito con una mera sanzione pecuniaria, svaluta il principio del contraddittorio e quindi il diritto di difesa, riconosciuto come diritto fondamentale dall'art. 24 Cost.

Secondo altra dottrina³⁷ la assoluta mancanza di motivazione attiene, invece, alla stessa sussistenza del fatto e come tale incide non solo sulla forma ma anche sulla sostanza del recesso con le conseguenze di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 18 st. lav.

L'interpretazione proposta appare, però, contraria al tenore letterale della norma la quale prevede la sanzione risarcitoria ridotta proprio per il caso di mancanza di motivazione.

Il segnale letterale è forte e non può essere tralasciato soprattutto se si tiene conto che la stessa legge n. 92/2012, che riscrive l'art. 18 st. lav., ha contemporaneamente modificato l'art. 2, comma 2 della legge n. 604/66 introducendo la necessaria motivazione contestuale del licenziamento.

Né appare, invece, condivisibile la tesi per cui la mancanza di motivazione contestuale al recesso incide sul

diritto di difesa del lavoratore e/o sulla stessa sostanza del licenziamento.

Ricordato, infatti, che le causali giustificatrici del recesso non sono state modificate e, soprattutto, che inalterato è rimasto anche il regime dell'onere della prova, è legittimo ritenere che il diritto al contraddittorio ed alla difesa è comunque garantito nel momento in cui, a seguito della domanda del lavoratore che, ai sensi del comma 6 dell'art. 18 st. lav., chiede l'accertamento dell'(in)sussistenza delle ragioni giustificatrici, il datore di lavoro continua a dover dedurre e dimostrare tali ragioni con la conseguenza che il lavoratore mantiene, almeno in quella sede, la possibilità di difendersi³⁸.

Controverso è altresì se tra le violazioni della procedura di cui all'art. 7 legge n. 300/70 rientri anche la mancanza di immediatezza e/o specificità della contestazione e quindi se tali vizi rilevino come vizio di forma con le conseguenze di cui al comma 6 o come vizio di sostanza³⁹.

Occorre, infine, ricordare che la scelta della misura di indennità cui il datore di lavoro viene condannato è fatta dal giudice, con onere di specifica motivazione al riguardo, in base a parametri che lo stesso legislatore fornisce⁴⁰.

³⁸ È, invece, certo che a fronte di un licenziamento «muto» si pone un problema di gestione del processo specie nella nuova versione sommaria.

³⁹ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, p. 415.

⁴⁰ Per il caso di vizi sostanziali di cui al comma 5, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo; mentre per il caso di vizi formali di cui al comma 6, gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro.

³⁶ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

³⁷ R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della l. n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in corso di pubblicazione in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 4, 2012.

3. Il requisito dimensionale

Il comma 8 dell'art. 18 st. lav. continua a prevedere il requisito dimensionale già noto per l'applicazione delle tutele di cui ai commi 4, 5 6 e 7.

Sul punto pare utile ricordare che la differenziazione della tutela in base al requisito dimensionale è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale che sin dall'emanazione della legge n. 604/66 ha riconosciuto che la componente numerica ha dei riflessi sul modo di essere e di operare del rapporto di lavoro e quindi rappresenta un dato aderente alla realtà economica e di comune esperienza – sia per la diretta fiducia che la dimensione ristretta implica sia per il criterio economico che deve regolare gli interessi delle aziende – e quindi razionale⁴¹.

Quanto all'onere probatorio circa il requisito dimensionale, vi è chi⁴² ritiene che esso continui a gravare sul datore di lavoro.

E, però, possibile anche ritenere che l'aver delimitato il campo di applicazione del rito acceleratorio alle cause di licenziamento regolate dall'art. 18 st. lav., abbia, invece, un riflesso in tema di onere della prova del requisito dimensionale.

E infatti, dopo una serie di decisioni di segno opposto⁴³, la Suprema Corte con la sentenza a sezioni unite n. 141/2006 aveva onerato il datore di lavoro della prova del numero dei dipendenti occupati, ritenendo che tale dato costituisse un fatto impeditivo del diritto soggettivo che il lavoratore ha in quanto soggetto leso, ad ottenere la piena ricostruzione della situazione di fatto anteriore al licenziamento⁴⁴.

⁴¹ La Consulta si è pronunciata in tal senso in numerose sentenze ed in particolare con le decisioni nn. 81/69, 55/74, 152/75, 2/86.

⁴² M. De Luca, *Il parere dell'esperto*, cit.

⁴³ Tra le tante cfr. Cass., 18 gennaio 2005, n. 881.

⁴⁴ La Corte aggiunge che la ripartizione dell'onere probatorio prescelta risponde anche al dato di fatto legato alla maggiore facilità per il datore di lavoro di assolvere l'onere medesimo.

Ai sensi del comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012, però, la richiesta di tutela ex art. 18 st. lav. costituisce uno dei presupposti dell'azione sommaria introdotta con tale norma ed a sua volta, salvo i casi di nullità del comma 1 dell'art. 18, tale norma ha quale condizione di applicabilità il requisito dimensionale.

Si può allora affermare che nel nuovo rito sommario l'onere di allegare e (quantomeno in caso di contestazione da parte del datore di lavoro)⁴⁵ dimostrare il requisito dimensionale torna a gravare sul lavoratore⁴⁶.

4. Le causali giustificatrici del licenziamento ed il nuovo art. 18 st. lav.

È affermazione corrente che la riforma non è intervenuta sulle causali giustificatrici del licenziamento bensì solo sull'apparato sanzionatorio⁴⁷.

Ciononostante, la modulazione delle tutele del nuovo art. 18 st. lav., legata al tipo di vizio da cui il giudice ritiene affetto il licenziamento⁴⁸, impone nei fatti un'inda-

⁴⁵ Così Cass., 19 gennaio 2005, n. 996.

⁴⁶ In tal senso cfr. G. Benassi, *La riforma del mercato del lavoro: modifiche processuali*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 749. Si precisa peraltro che il Tribunale di Milano in un'ordinanza del 26 novembre 2012, a quanto consta inedita, ha ritenuto non applicabile il nuovo rito sommario previsto dal comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 in tutte quelle ipotesi in cui il lavoratore in via incidentale chiede di poter verificare il numero dei dipendenti dell'impresa ricomprendendovi un numero di addetti con contratto di lavoro a progetto rispetto ai quali il ricorrente chiedeva un accertamento circa la natura subordinata del rapporto.

⁴⁷ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit.

⁴⁸ Come noto, infatti, il licenziamento può risultare illegittimo per manifesta insussistenza ovvero per mera insussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo ovvero illegittimo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto contestato rientra tra le condotte punibili con sanzione conservativa o ancora per «altre ipotesi».

gine sulle causali medesime al fine di individuare quando ricorra uno dei vizi delineati dal legislatore del 2012.

Su questo punto, ben più che sui rimedi previsti dall'ordinamento, si è concentrato il dibattito che ha accompagnato la riforma.

4.1. *Il nuovo art. 18 st. lav. ed il licenziamento disciplinare*

Il nuovo art. 18 st. lav. prevede per il caso di licenziamento non sorretto dalla giusta causa o giustificato motivo soggettivo due distinte tutele, quella reintegratoria depotenziata e quella risarcitoria forte.

L'applicabilità dell'una o dell'altra si gioca sull'interpretazione delle formule poco felici usate dal legislatore e quindi delle espressioni «insussistenza del fatto contestato», «fatto che rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» – la cui ricorrenza dà luogo, ai sensi dell'art. 18, comma 4, alla reintegra depotenziata – ovvero «altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro» – la cui ricorrenza dà luogo ai sensi dell'art. 18, comma 5, alla tutela risarcitoria forte.

Com'è prevedibile sul punto si registrano opinioni differenti e talora anche opposte.

Tentando di sintetizzare quanto sinora emerso nel dibattito, si può distinguere: vi è chi ravvisa nella nozione di «fatto contestato» il solo fatto materiale⁴⁹ e chi, invece, ritiene che il fatto contestato la cui sussistenza rileva ai sensi dell'art. 18, comma 4, sia il fatto giuridico e quindi la sussumibilità del comportamento contestato nelle fattispecie di giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Più nello specifico, secondo la prima opinione, il fatto sussiste, e quindi la tutela reintegratoria depotenziata è

esclusa, quando il datore di lavoro dimostra l'esistenza di un inadempimento del lavoratore ovvero di un suo comportamento comunque lesivo del vincolo fiduciario, e quindi quando il datore di lavoro dimostra l'esistenza di un fatto addebitabile al lavoratore, restando estranei alla previsione di cui al comma 4 i c.d. elementi estrinseci (grado di dolo o colpa, entità del danno causato, proporzionalità rispetto alla sanzione)⁵⁰.

Chi, invece, ritiene che ai sensi dell'art. 18, comma 4, rilevi il fatto giuridico afferma che il fatto per essere sussistente nell'ordinamento deve avere tutte le caratteristiche che l'ordinamento ritiene rilevanti per configurare non un mero fatto materiale ma una delle ipotesi di licenziamento e quindi che il fatto sussistente è quello che integra la giusta causa o il giustificato motivo⁵¹.

Secondo questo secondo filone interpretativo, quindi, rientra nella nozione di sussistenza del fatto anche la proporzionalità della sanzione⁵².

Tale seconda interpretazione è stata fatta propria dal Tribunale di Bologna, ordinanza 15 ottobre 2012⁵³ che

⁴⁹ R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, cit.; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della l. n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, cit.

⁵⁰ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

⁵¹ S. Magrini, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012, p. 535, nonché M. De Luca, *Il parere dell'esperto*, cit. il quale ha affermato che occorre tenere conto non solo dell'art. 18 riformato ma anche delle altre norme sul licenziamento e segnatamente della legge n. 604/44 il cui art. 1 dice che il licenziamento non può che avvenire per giusta causa o giustificato motivo. Dunque la giusta causa o il giustificato motivo fanno parte della sussistenza del fatto. Il giudice non può prescindere dal valutare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo perché l'art. 1 li impone per licenziare. Il fatto dunque non può prescindere dagli elementi essenziali della giusta causa o giustificato motivo, perché altrimenti la sussistenza del fatto dipenderebbe solo da come lo ha configurato il datore di lavoro. Il datore potrebbe motivare il licenziamento deducendo un fatto lecito la cui sussistenza escluderebbe la reintegra.

⁵² Tribunale di Bologna 15 ottobre 2012, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2012 con nota di F. Carinci, cit.

⁴⁹ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

ha affermato che il fatto preso in considerazione dall'art. 18, comma 4, è quello giuridico inteso come fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e della sua componente inerente l'elemento soggettivo.

In realtà la lettura da ultimo proposta appare poco aderente non solo al dato letterale dell'art. 18 st. lav. ma anche all'intenzione manifestata dal legislatore il quale ha chiaramente voluto sostituire ad una tutela reintegratoria generale del licenziamento illegittimo una tutela differenziata di cui il ripristino del rapporto costituisce ormai una delle possibili soluzioni e non «la» sanzione.

Se così è, appare allora maggiormente conforme al nuovo art. 18 st. lav. un'interpretazione che distingue la sussistenza del fatto materiale (inteso come inadempimento o comportamento lesivo del vincolo fiduciario, addebitabile al lavoratore), la cui mancanza comporta la reintegra depotenziata traducendosi in un grave abuso di potere di licenziamento⁵⁴, dalla sua riconducibilità alla nozione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la cui mancanza comporta le conseguenze meramente indennitarie di cui all'art. 18, comma 5.

Diversamente il comma 5 dell'art. 18 st. lav. rischia di essere svuotato di contenuto e con esso svanisce la portata dell'intervento riformatore.

Altra ipotesi in cui è prevista la reintegra è quella in cui il fatto è punito con una sanzione conservativa ai sensi del contratto collettivo o del codice disciplinare. Come la precedente, anche questa previsione solleva difficoltà interpretative.

Vi è, infatti, chi ritiene che la norma vada intesa in senso letterale e quindi che la tutela reintegratoria sussista soltanto laddove il contratto collettivo o il codice disciplinare preveda, a fronte del fatto contestato, una sanzione conservativa mentre laddove tale espressa previsione man-

chi, all'eventuale mancanza di proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione comminata (e quindi la violazione dell'art. 2106 c.c.) consegue la tutela risarcitoria forte⁵⁵.

Altra dottrina⁵⁶ suggerisce, invece, un'accezione ontologica della nozione di «condotte punibili con la sanzione conservativa», in cui rientrano tutti i casi in cui il provvedimento adottato viola il principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., a prescindere dall'espressa previsione contrattuale.

Tale seconda impostazione non pare, però, tenere conto della modifica apportata all'originario disegno di legge n. 3249 a seguito del passaggio in Senato. Come noto, infatti, la versione originaria del comma 4 dell'art. 18 st. lav. prevedeva la reintegra depotenziata per il caso in cui il fatto contestato fosse punito con sanzione conservativa anche in base a norme di legge.

Il riferimento alle norme di legge, e quindi al principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., è stato però eliminato con il passaggio in Senato il che induce a ritenere che la violazione del principio generale di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. non comporti la reintegra nel posto di lavoro, sanzione, invece, prevista per il caso in cui il licenziamento violi una specifica previsione contrattuale.

Per chi ritiene che il fatto sussistente sia quello materiale nelle «altre ipotesi» di cui all'art. 18 st. lav., comma 5, rientra la mancanza di proporzionalità nonché quelle fattispecie che si decidono sulla base degli elementi estrinseci (entità del danno, intensità dell'elemento intenzionale).

Vi è, inoltre, chi fa rientrare nelle «altre ipotesi» di cui al comma 5 anche la violazione delle norme previste dall'art. 7 in tema di specificità e immediatezza della

⁵⁵ *Ibidem*; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della l. n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, cit.; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, cit.; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit.

⁵⁶ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

contestazione se si ritiene che tali requisiti attingano alla sostanza e non alla forma, che altrimenti il loro vizio darebbe luogo alla tutela risarcitoria debole⁵⁷.

Per i sostenitori della nozione di fatto giuridico, invece, nelle «altre ipotesi» di cui all'art. 18 st. lav., comma 5, rientra ad esempio un fatto che giuridicamente sia sussistente ma abbia una gravità intermedia tra la sospensione ed il licenziamento⁵⁸.

4.2. L'art. 18 st. lav. ed il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Lo «spacchettamento delle tutele» operato dall'art. 18 st. lav. riformato ha riflessi anche sulla nozione di giustificato motivo oggettivo che il legislatore prende in considerazione sotto un duplice profilo: quello della manifesta insussistenza e quello della «mera» insussistenza del fatto posto a fondamento del recesso.

Se l'interpretazione delle norme in tema di licenziamento disciplinare appare ardua, quando occorre cimentarsi con il giustificato motivo oggettivo l'operazione di viene davvero ostica non sussistendo alcun parametro per distinguere la manifesta insussistenza dall'insussistenza «semplice».

Nel tentativo di dare comunque un significato alla previsione di cui all'art. 18, comma 7, i commentatori si sono divisi sostanzialmente su due fronti.

Vi è chi⁵⁹, ricordato che secondo la giurisprudenza costante il giustificato motivo oggettivo si compone di tre elementi – sussistenza della ragione organizzativa adottata, nesso di causalità ed impossibilità di *repechage* del lavoratore – ha suggerito di ritenere il fatto manifestamente insussistente se il datore di lavoro non dimostra l'esistenza

della ragione organizzativa ed il nesso di causalità con il lavoratore licenziato e solo insussistente se il datore di lavoro non dimostra l'impossibilità di *repechage*.

Altri⁶⁰, invece, rilevato che il motivo sussiste o non sussiste, *tertium non datur*, e che il principio di stabilità occupazionale ha un fondamento costituzionale per cui non può valere a risolvere il rapporto una qualunque ragione organizzativa che non sia così grave da legittimare un arretramento di principio di stabilità, ritiene che il fatto sia manifestamente insussistente, con diritto del lavoratore alla reintegra depotenziata, se manca uno dei tre elementi (già citati) di cui il giustificato motivo si compone, mentre dà diritto alla tutela indennitaria il licenziamento di cui il datore di lavoro provi la ragione organizzativa ma essa non appaia così grave da giustificare la lesione del principio costituzionale di stabilità occupazionale.

La lettura, però, sconta un requisito del licenziamento come scelta necessaria a fronte di una situazione di grave difficoltà, che in giurisprudenza non è per nulla pacifica⁶¹.

⁵⁷ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

⁵⁸ Al proposito la Suprema Corte ha un indirizzo tutt'altro che consolidato. Ad esempio in Cass. civ., sezione Lavoro 14 maggio 2012, n. 7474 si legge che «In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, compete al giudice – che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto» mentre in epoca pressoché coeva la stessa Suprema Corte con la sentenza 24 febbraio 2012, n. 2874 ha affermato che «Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nella previsione della seconda parte dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, comprende anche l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, non preclusamente e non semplicemente per un incremento di profitto, bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni – non meramente contingenti – influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza che sia rilevante la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, in quanto, una

⁵⁹ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

⁵⁸ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

⁵⁹ R. Del Punta, *Licenziamenti individuali*, cit.

In linea con quanto già evidenziato rispetto al licenziamento disciplinare, pare, invece, preferibile una lettura della norma che, libera dal *trend inerte* del passato, riduca i casi di reintegra depotenziata a quelle ipotesi

volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi, in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificato». In linea con la decisione che precede anche Cass. civ., sezione Lavoro 26 settembre 2011, n. 19616 ove si legge che «Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ex art. 3 della legge 15 luglio 1996, n. 604, è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; il lavoratore ha quindi il diritto che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo, e non ad un mero incremento di profitti, e che dimostri, inoltre, l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle esercitate prima della ristrutturazione aziendale» mentre poco prima la Suprema Corte con la sentenza 11 luglio 2011, n. 15157 aveva rilevato che «In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, compete al giudice – che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto», così anche Cass. civ., sezione Lavoro 30 novembre 2010, n. 24235 ove si legge che «Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, ne consegue che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato».

in cui il giustificato motivo non sussiste *in rerum natura* perché nessuna ragione organizzativa esiste ovvero è stata dimostrata dal datore di lavoro, e dunque il recesso si palesa come un vero e proprio abuso del potere organizzativo che consente il licenziamento, mentre laddove ciò non si verifichi, il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo sarà al massimo insussistente e la tutela non potrà essere che indennitaria.